

Divieto di discriminazione della donna incinta nell'accesso al lavoro e tutela del dipendente che interviene in sua difesa

di Nicolò Fuccaro

Title: Prohibition of discrimination of the pregnant woman in access to employment and protection of the worker who supports her

Keywords: *Equal treatment of men and women in matters of employment - Rejection of a candidate due to her pregnancy - Protection against retaliatory measures*

1. – La sentenza in commento definisce una causa riguardante la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro, originata dal rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale del lavoro di Anversa davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

La controversia principale, pendente davanti al giudice nazionale belga, vede contrapposte due donne – la sig.ra Vandebon, ex *store manager* di un negozio di abbigliamento, e la sig.ra Hakelbracht, già aspirante commessa presso di esso – e l'Istituto belga per la parità tra donne e uomini alla WTG Retail, azienda che gestisce detti esercizi commerciali e, per quanto qui di interesse, datore di lavoro della sig.ra Vandebon.

Le due donne erano venute in contatto in occasione di un colloquio di assunzione a cui si era presentata la sig.ra Hakelbracht, la quale, in tale sede, aveva reso noto alla sig.ra Vandebon di essere incinta da tre mesi. Tale stato, di cui era stata informata l'azienda da parte della direttrice del negozio – che pur aveva espresso un giudizio di idoneità della candidata –, ha determinato il rifiuto dell'assunzione. L'aspirante commessa, ricevuta la comunicazione della decisione della WTG Retail, ha presentato reclamo contro quest'ultima dinanzi all'Istituto per la parità tra donne e uomini.

Tale reclamo è stato dall'azienda imputato alla condotta della *store manager*, che non solo aveva giudicato positivamente la candidata, ma che aveva anche segnalato al datore di lavoro l'illegittimità del rifiuto di un'assunzione motivato da uno stato di gravidanza. Pertanto, circa nove mesi dopo la sig.ra Vandebon è stata licenziata e, a stretto giro, ha proposto anch'ella reclamo al citato Istituto, contestando i motivi posti a fondamento della risoluzione contrattuale dal datore di lavoro (alcune asserite inadempienze rispetto alle mansioni assegnate).

Ritenendo discriminatori tanto il rifiuto dell'assunzione quanto il licenziamento, le due donne hanno ingiunto all'impresa di versare a entrambe un'indennità forfettaria di importo corrispondente a sei mensilità di stipendio. Non riuscendo, tuttavia, a raggiungere un accordo transattivo, sono ricorse in giudizio chiedendo al giudice del lavoro territorialmente competente una condanna dell'impresa al pagamento di siffatte somme.

Il Tribunale di Anversa, nel definire la controversia per la parte riguardante la sig.ra Hakelbracht, ha ritenuto pacificamente discriminatorio il trattamento riservato a questa, non assunta – benché giudicata idonea – a cagione del suo stato di gravidanza (come comprovato dallo scambio di mail intercorso tra la *store manager* e la WTG Retail), e ha condannato l'impresa a risarcire la candidata. Per quanto riguarda la sig.ra Vandebon, invece, il quadro risulta maggiormente complesso, in quanto la donna non è oggetto di discriminazione diretta sulla base del sesso, ma il suo licenziamento deriva dall'aver difeso e supportato la candidata incinta.

Al fine di comprendere il merito e la portata della domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dal giudice del rinvio, occorre preliminarmente analizzare il contesto normativo eurounitario e nazionale entro cui si iscrive la causa in oggetto.

2. – La direttiva 2006/54/CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego (per un commento ad essa, v. B. Pezzini, *Novità nelle politiche comunitarie di genere*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 179 ff.), “aggiorna” e raggruppa in un unico atto normativo le disposizioni in precedenza recate da una serie di direttive adottate tra il 1975 e il 2002 ed espressamente abrogate ai sensi dell'art. 34 (con rinvio all'allegato I) della direttiva in parola.

Gli ambiti in cui dev'essere attuato il menzionato principio di parità comprendono tanto le condizioni in costanza di rapporto lavorativo (dalla retribuzione, alle promozioni, alla formazione professionale), quanto quelle – prodromiche e presupposte – riguardanti l'accesso al lavoro. Anche per quanto attiene a queste ultime – le quali comprendono i criteri di selezione e le condizioni di assunzione del personale – l'art. 14 della direttiva vieta qualsiasi forma di discriminazione, diretta o indiretta, fondata sul sesso, inclusi trattamenti meno favorevoli riservati a donne per ragioni connesse alla gravidanza (come specificato dall'art. 2, par. 2, lett. c), nel definire la nozione di «discriminazione»).

Spetta agli Stati membri predisporre una tutela antidiscriminatoria di natura giurisdizionale, che si estenda anche ad un momento successivo alla cessazione del rapporto di lavoro nell'ambito del quale si sarebbe verificata la discriminazione. Analogamente, forme di protezione devono essere approntate – a norma dell'art. 24 – anche per i casi in cui un lavoratore viene licenziato o riceve un altro trattamento sfavorevole come conseguenza ritorsiva per aver presentato un reclamo all'interno dell'azienda o avviato un'azione legale al fine di ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. La medesima tutela legale – secondo il considerando 32 – andrebbe inoltre assicurata a ogni dipendente che difenda un altro lavoratore vittima di trattamento discriminatorio o che testimoni in favore di costui.

L'ordinamento belga ha recepito la direttiva 2006/54 con la legge sulla lotta alla discriminazione tra donne e uomini del 10 maggio 2007, la quale – all'art. 22 – tutela il lavoratore che presenta un reclamo in ragione di violazioni del principio di parità di trattamento, disponendo il divieto di misure pregiudizievoli nei suoi confronti. Dette misure vietate, ai sensi del par. 3 del medesimo articolo, sono identificate nel licenziamento (testualmente, nella traduzione italiana, «cessazione del rapporto di lavoro»), nella modifica unilaterale delle condizioni contrattuali o in altri provvedimenti assunti dal datore di lavoro dopo la cessazione del rapporto lavorativo.

Inoltre, la normativa nazionale estende la tutela così prevista anche a coloro che intervengono a difesa del lavoratore discriminato, esponendo i fatti da loro direttamente appresi, circa la situazione oggetto del reclamo, tramite la sottoscrizione di un documento o una deposizione in giudizio (art. 22, par. 9, della citata legge). Così disponendo, tuttavia, la legge belga parrebbe limitare tale protezione giuridica ai soli “testimoni ufficiali”, lasciando privi di tutela i lavoratori che intervengono al di fuori

delle forme testé menzionate a sostegno di soggetti che hanno presentato reclamo o intentato un'azione legale.

3. – Tornando ai fatti di causa, la situazione della sig.ra Vandebon, che è intervenuta in sede di istruttoria del reclamo presentato dalla candidata alla posizione di commessa a supporto delle ragioni di quest'ultima, non rientrerebbe nell'alveo applicativo dell'art. 22, par. 9, della legge belga, non potendo presentare alcun documento sottoscritto relativo alla sua testimonianza.

Ciò constatato, il Tribunale del lavoro di Anversa – dinanzi a cui la donna ha domandato la condanna dell'ex datore di lavoro al pagamento di un'indennità a titolo risarcitorio – sospetta che la normativa nazionale, predisponendo una protezione più limitata di quella prevista dall'art. 24 della direttiva UE, dia luogo a un vuoto di tutela in danno degli individui che si trovano nella situazione della ricorrente. Pertanto, questi sospende il giudizio pendente davanti a sé e, ai sensi dell'art. 267 TFUE, si rivolge alla Corte di giustizia domandandole di pronunciarsi sull'interpretazione da attribuire alla disposizione sovranazionale, onde vagliare la compatibilità ad essa della normativa interna.

Come affermano i giudici di Lussemburgo, l'obiettivo della direttiva in parola è fornire una tutela ad ampio spettro, che sia rivolta a «tutti i lavoratori che possono essere oggetto di misure di ritorsione adottate dal datore di lavoro come reazione a un reclamo presentato a titolo di discriminazione fondata sul sesso» (punto 27): come risulta dalla lettera dell'art. 24, infatti, siffatta tutela non dev'essere riservata ai soli lavoratori (o loro rappresentanti) che abbiano proposto reclamo o coloro che testimoniano in loro favore secondo precisi requisiti formali. Questo dato emerge con particolare chiarezza se si legge tale disposizione in combinato (o, meglio, alla luce) del considerando 32, il quale, inquadrando come diritto fondamentale la tutela legale effettiva accordata ai lavoratori vittime di trattamenti discriminatori fondata sul sesso, richiede che la stessa venga assicurata non solo a chi testimoni in favore di questi, ma a ogni dipendente che – in senso lato – li difenda.

Dunque, solo un'interpretazione estensiva dell'art. 24 della direttiva si dimostra idonea a perseguire lo scopo prefissato, consistente nell'effettiva garanzia dell'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, con riferimento – per quanto qui di interesse – all'accesso al lavoro. A tal fine occorre, da parte degli Stati membri, predisporre procedure (giudiziarie o amministrative) adeguate, volte a far rispettare gli obblighi nascenti dalla direttiva stessa, e accessibili a tutti i soggetti che si ritengono lesi a cagione della mancata applicazione del principio della parità di trattamento. Il principio di tutela giurisdizionale effettiva, in questo ambito espresso dall'art. 17 della direttiva, affonda le proprie radici – come ricorda la Corte – nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione EDU e, più di recente, dall'art. 47 della Carta di Nizza, nonché riaffermato dalla giurisprudenza comunitaria.

4. – Per quanto concerne quest'ultima, il giudice sovranazionale evoca la sentenza Coote (del 22 settembre 1998, C-185/97, su cui v. nota di L. Mattace Raso, *Rifiuto del datore di lavoro di fornire referenze all'ex dipendente licenziato*, in *Lav. giur.*, n. 4/1999, 336 ff.), avente ad oggetto la direttiva 76/207/CEE – sempre in tema di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro – che ha preceduto la direttiva 2006/54. Tale pronuncia originava da una controversia tra una lavoratrice licenziata a causa della sua gravidanza e il suo ex datore di lavoro, i quali, per chiudere la (prima) lite vertente sulla cessazione del rapporto lavorativo, avevano trovato un accordo transattivo. Successivamente, la donna richiedeva all'azienda presso cui aveva prestato la propria opera di fornire referenze all'agenzia di collocamento cui si era rivolta alla

ricerca di un nuovo impiego. Vedendosi opporre un rifiuto, ella adiva l'autorità giudiziaria, la quale in grado di appello effettuava rinvio pregiudiziale alla Corte, domandando se la normativa comunitaria mirasse a vietare misure ritorsive assunte solo in costanza di rapporto di lavoro ovvero anche dopo il termine di questo.

La conclusione dei giudici di Lussemburgo muove dal fatto che l'art. 9 della direttiva 76/207 – corrispondente all'art. 17 di quella attualmente in vigore – va interpretato teleologicamente, ossia secondo lo scopo di pervenire ad una effettiva parità di trattamento tra uomini e donne, attraverso una tutela giurisdizionale che non si limiti al solo licenziamento, ma si estenda altresì, ad esempio, ai provvedimenti ritorsivi finalizzati ad ostacolare la ricerca di una nuova occupazione da parte del precedente datore di lavoro.

Dunque, alla luce di tale considerazione, la questione posta dal giudice britannico è risolta nel senso che – a norma del citato art. 6 della previgente direttiva – spetta agli ordinamenti nazionali prevedere «misure necessarie per garantire la tutela giurisdizionale del lavoratore il cui datore di lavoro rifiuti, dopo la cessazione del rapporto di lavoro, di fornire referenze come revisione a un'azione giudiziaria proposta al fine di far rispettare il principio di parità di trattamento ai sensi della direttiva» (punto 28).

5. – Rispetto all'art. 6 della direttiva 76/207, l'art. 17, par. 1, della vigente direttiva dispone espressamente che dev'essere riconosciuto quale diritto di ogni persona che si ritenga lesa l'accesso a procedure giudiziarie «anche dopo la cessazione del rapporto nell'ambito del quale si sarebbe prodotta la discriminazione», colmando quell'apparente – a una interpretazione meramente letterale della disposizione – vuoto di tutela che in precedenza il giudice sovranazionale era stato chiamato a fronteggiare in via ermeneutica.

In modo analogo, anche nella pronuncia che si annota la Corte di giustizia si è fatta carico di un'interpretazione che faccia salvo l'effetto utile della normativa comunitaria, ovverosia l'effettività della tutela giurisdizionale, ricomprendendovi le misure ritorsive che un datore di lavoro può adottare nei confronti di un dipendente che, anche al di fuori di particolari formalità, abbia difeso o supportato con la propria “testimonianza” (in senso generico) la persona vittima di discriminazione in ragione del sesso. Se infatti fosse escluso da adeguati mezzi di protezione giuridica, tale dipendente che versa nella posizione adatta a fare emergere episodi e condotte discriminatorie rischierebbe di essere dissuaso dall'intervenire, onde evitare ritorsioni nei propri confronti. Com'è evidente, ciò si rifletterebbe negativamente sui soggetti che, pur astrattamente tutelati, godrebbero di uno strumento in meno per dimostrare di aver subito un trattamento sfavorevole per ragioni legate al sesso e limiterebbe, pertanto, l'individuazione e la repressione di tali condotte illecite.

In conclusione, la Corte di Lussemburgo ravvisa che la normativa belga (in particolare l'art. 22, par. 9, della legge sul genere) delimita la categoria di lavoratori tutelati da condotte ritorsive del datore di lavoro in maniera più ristretta rispetto a quanto disposto dall'art. 24 della direttiva 2006/54, lasciando privi di protezione coloro che intervengono sostenendo “informalmente” la persona oggetto di discriminazione. Per tali motivi, la disciplina sovranazionale recante l'attuazione del principio di pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne dev'essere interpretata estensivamente, affinché ne sia garantito l'effetto utile, ostando pertanto a una normativa nazionale che predispone una tutela più circoscritta quale quella belga.

6. – Sotto un profilo comparatistico, risulta interessante dedicare alcuni cenni – relativamente agli aspetti che rilevano in questa sede – alla trasposizione della direttiva oggetto della sentenza in commento all'interno del nostro sistema giuridico, per mezzo

del d.lgs. n. 5 del 2010 (per analisi più approfondite e commenti al provvedimento, cfr. L. Calafà, *Pari opportunità e divieti di discriminazione. Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili sostanziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 3/2010, 537 ff.; A. Guariso, *Pari opportunità e divieti di discriminazione. II - Il Codice delle pari opportunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili processuali*, *ivi*, 577 ff.; M.G. Garofalo, *Una riflessione sul codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Riv. giur. lav.*, n. 4/2007, 719 ff.).

Esso va a novellare in più parti il d.lgs. n. 198 del 2006 (c.d. Codice della pari opportunità tra uomo e donna), rafforzando il principio di parità di trattamento senza distinzioni di sesso – sancito dall'art. 3, primo comma, Cost. – anche tramite un apparato sanzionatorio maggiormente articolato che prevede pene più elevate. Nella specie, per chi non ottempera alla condanna pronunciata del giudice del lavoro per comportamenti discriminatori è prevista un'ammenda sino ad 50.000 euro o l'arresto sino a sei mesi, in luogo della meno severa sanzione prevista per la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. («Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità») che si applicava in precedenza.

Inoltre, in sede di definizione dei concetti di discriminazione diretta e indiretta, è stato espressamente considerato discriminatorio «ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza» (comma 2-*bis*, aggiunto all'art. 25).

Particolarmente significativo è infine l'inserimento dell'art. 41-*bis* che estende la tutela giurisdizionale, prevista agli articoli che precedono, con riferimento ad «ogni comportamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione o *di qualunque altra persona*, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne» (c.vo aggiunto). In virtù di quest'ampia formulazione, si deduce che la tutela accordata dal legislatore abbraccia tutti coloro che si attivano al fine di ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento, a prescindere dalle forme utilizzate.

Ad un esame sommario della normativa italiana non sembra, dunque, irragionevole ipotizzare che la soluzione di un caso analogo a quello oggetto del procedimento pendente dinanzi al giudice belga si sarebbe trovata direttamente in quanto previsto dal d.lgs. 198/2006 (come modificato dal d.lgs. 5/2010) ed in particolare nell'art. 41-*bis*, che assicura una effettiva tutela giurisdizionale ai fenomeni di c.d. vittimizzazione.